

Ewa GRZEGORZEWSKA-MISCHKA, Mariusz ZABOROWSKI

Wybrane rozwiązania prawne z ustawy z 2019 roku – Prawo zamówień publicznych w ocenie polskich przedsiębiorstw

Selected legal solutions from the Act of 2019 – Public Procurement Law in the opinion of Polish enterprises

Streszczenie: Przedmiotem analizy w niniejszym artykule jest instytucja zamówień publicznych, uregulowanych aktualnie obowiązującą ustawą – Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Analiza ta dotyczy w szczególności nowoprzyjętych w niej zapisów prawnych – nowych w stosunku do obowiązujących poprzednio. Uzasadnieniem wprowadzenia przez ustawodawcę wielu nowych rozwiązań była chęć ułatwienia przedsiębiorcom uczestniczenia w niełatwym procesie zamówień. W artykule przedstawiono ocenę tych rozwiązań, uzyskaną w toku badań, w których wykorzystano narzędzie ankiety, zawierającej pytania ukierunkowane na pozyskanie wspomnianej oceny. Zadanie zostało zrealizowane przez zebranie odpowiedzi ze strony określonej grupy przedsiębiorców z branży budowlanej z województwa pomorskiego.

Słowa kluczowe: zamówienie publiczne, przedsiębiorca, przetarg, prawo zamówień publicznych, nowelizacja

Abstract: The subject of the analysis in this article is the public procurement institution, regulated by the currently applicable Act – Public Procurement Law of 2019. This analysis concerns in particular the newly adopted legal provisions – new in relation to the previous ones. The legislator's justification for introducing many new solutions was the desire to make it easier for entrepreneurs to participate in the difficult procurement process. Therefore, the aim of the article was to obtain an assessment in this respect, expressed by entrepreneurs participating in procurement. This assessment was obtained in the course of research in which the questionnaire tool containing questions

aimed at obtaining the said assessment was used. The implementation of the assumed task was carried out by collecting responses from a specific group of entrepreneurs from the construction industry from the Pomeranian Voivodeship.

Keywords: public procurement, entrepreneur, tender, public procurement law, amendment.

JEL: H54, H57, L79

Problematyka rozwiązań prawnych, dotyczących zamówień publicznych stosowanych w Polsce, jest bardzo ważna i obejmuje istotne kwestie dotyczące wiodącej formy udziału sektora publicznego w gospodarce. Problematyka ta coraz częściej stanowi przedmiot wielu rozważań naukowych, ale również często jest przedmiotem dyskusji podmiotów najbardziej zainteresowanych procesem tych zamówień, czyli wykonawców i zamawiających. Dyskutują i oceniają najczęściej stronę praktyczną zagadnienia, której kształt nadają zawsze obowiązujące przepisy prawne.

W niniejszym artykule zamówienia publiczne analizowano w kontekście rozwiązań przyjętych w nowej ustawie Prawo Zamówień Publicznych z 2019 r. Celem opracowania było przedstawienie oceny wyrażonej przez przedsiębiorców na temat wybranych przepisów nowej ustawy; tych przepisów, które autorzy artykułu uznali za przyjazne i sprzyjające przedsiębiorcom, i tych, które stanowią lub mogą stanowić dla nich bariery. Zapytano ich o to w przygotowanej przez autorów ankiecie. Skierowano ją do podmiotów z branży budowlanej, gdyż to głównie w jej obszarze dochodzi do stosowania procedury zamówień publicznych. Przeprowadzone badania stanowiły próbę pozyskania potwierdzenia przez badane podmioty przyjętego przez autorów założenia, że dzięki ustawie nastąpiło istotne wzmocnienie ochrony prawnej wykonawców zamówień i że wykonawcy oraz podwykonawcy zamówień publicznych zyskali silniejszą pozycję w tymże procesie. Prócz tego ważne było także uzyskanie potwierdzenia oceny autorów, że nadal niestety istnieją dla uczestników zamówień publicznych określone bariery.

U źródeł tak zdefiniowanego celu opracowania leżała konstatacja faktu, że kolejno dokonujące się zmiany w przepisach regulujących proces zamówień publicznych sprawiają, iż zwiększa się wśród przedsiębiorców poziom pozytywnego nastawienia do procesu „poprawiania” prawa w tym obszarze.

Rozważania nad podjętą problematyką mają znaczenie głównie poznawcze i informacyjne. Pozwalają na objaśnienie i rozumienie nowo przyjętych przepisów w ustawie, na poznanie opinii adresatów tego aktu i pokazanie istniejących nadal słabości przyjętych rozwiązań. Wybór podjętej problematyki wydaje się zatem słuszny, a cel badawczy, jaki wskazano, uznano za ważny ze względu na bardzo liczną grupę podmiotów uczestniczących w rynku zamówień.

Zamówienia publiczne – historia uregulowań prawnych

System zamówień publicznych można zdefiniować jako zespół procedur, zasad, instytucji oraz źródeł i kanałów informacji, umożliwiających efektywne zlecenie robót budowlanych, dostaw i usług w sektorze finansów publicznych [Borowicz, 2004]. Po raz pierwszy wprowadzono go w Polsce w okresie międzywojennym¹, zaś początki systemu zamówień publicznych w kraju sięgają roku 1918, kiedy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obowiązywały w zakresie udzielania tych zamówień przepisy państw zaborczych [Antonów, 2021; Kocowski, 2020]. Prace nad stworzeniem nowoczesnego systemu zamówień publicznych rozpoczęły się w Polsce dopiero w roku 1991, czego konsekwencją było uchwalenie ustawy o zamówieniach publicznych w roku 1994 [Ustawa o zamówieniach publicznych, 1994]. W 2004 r. przyjęto kolejną ustawę dotyczącą zamówień [Ustawa Prawo zamówień publicznych, 2004]. Ponieważ wspomniany system nie spełniał wielu oczekiwań ze strony przedsiębiorców uczestniczących w omawianym procesie, to jedynie kwestią czasu było wprowadzenie nowych rozwiązań w tym zakresie. Chodziło o takie rozwiązania, które spełniałyby standardy innowacyjności i odpowiadały coraz bardziej szerzącej się elektronizacji działań w wielu obszarach życia, zatem również w odniesieniu do elektronizacji procesów w administracji [Liput, Serpina-Forkasiewicz, Tabor, 2020, s. 9–11].

Nowa ustawa Prawo zamówień publicznych z 2019 r. uwzględniła w swych rozwiązaniach treści kilku dyrektyw Unii Europejskiej². W założeniach polskiego ustawodawcy

¹ W okresie międzywojennym istotę zamówień publicznych regulowała ustawa z 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego i rozporządzenie z 1937 r. W latach późniejszych (po II wojnie światowej) kwestie zamówień publicznych regulowane były ustawami z 1947, 1957 r. oraz przepisami resortowymi.

² Niniejsza ustawa wdraża:

- 1) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.);
- 2) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.);
- 3) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76, z późn. zm.);
- 4) dyrektywę Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, str. 33, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 246);
- 5) dyrektywę Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień

było poświęcenie większej uwagi uregulowaniu etapu planowania zamówień publicznych i etapu przygotowania postępowania, a generalnie ułatwieniu brania udziału przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ustawodawca przyjął, że takie rozłożenie akcentów w rozwiązaniach ustawy przełoży się na stopniowe zwiększenie liczby składanych ofert w organizowanych procesach zamówień.

Ocena wybranych przepisów wprowadzonych w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2019 r.

Analiza treści przepisów prawnych poprzednio obowiązującej ustawy z 2004 r. i tej uchwalonej w 2019 r. pozwala na dostrzeżenie wielu zalet tej drugiej. Poniżej wskazano kilka najważniejszych z nich z punktu widzenia autorów opracowania i także często akcentowanych w literaturze przedmiotu. Na ich temat wypowiedzieli się także sami przedsiębiorcy, do których – w toku przeprowadzonego badania – skierowano ankietę z konkretnymi pytaniami.

Do zalet ustawy, mogących pozytywnie oddziaływać na zachowania przedsiębiorców, zaliczono:

- wprowadzenie nowego progu udzielania zamówień publicznych: w nowej ustawie prawo zamówień publicznych ustawodawca ustalił próg stosowania 130 000 zł (art. 2 ust 1 pkt 1)³;
- wprowadzenie zmiany w trybach udzielania zamówień publicznych, wprowadzenie podziału zamówień na krajowe i powyżej progu unijnego (Dział II; Dział III), wprowadzono nowy tryb, tzw. tryb podstawowy, składający się z trzech wariantów oraz duży nacisk położono na procedury negocjacyjne (art. 275);
- wprowadzenie zapisów umożliwiających wyrównanie pozycji stron umów. Do takich zapisów należy określenie katalogu klauzul abuzywnych, zakazanych w zawieraniu umów (art. 433). W związku z tym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać: odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia; naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem; odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający; możliwości

publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, str. 14, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 315).

³ W poprzednim stanie prawnym, obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych obowiązywało od progu 30.000 EUR netto.

ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron⁴;

- obniżenie wysokości wadium i wprowadzenie wadium fakultatywnego; wadium w zamówieniach publicznych jest fakultatywne i w zamówieniach krajowych zamawiający mogą żądać wadium do 1,5% wartości szacunkowej zamówienia netto (art. 281 ust. 4), natomiast w przypadku postępowań unijnych zamawiający mogą żądać wadium do 3% wartości szacunkowej zamówienia netto (art. 97);
- wprowadzenie zmian w zakresie zabezpieczenia należytego wykonania umowy – wprowadzono fakultatywność zabezpieczenia należytego wykonania umowy dla zamówień krajowych i powyżej progu unijnego oraz ustalono próg zabezpieczenia maksymalnie 5% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy (art. 249)⁵;
- wprowadzenie nakazu uwzględnienia w umowach zawieranych między zamawiającym a wykonawcą zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy, wprowadzenie obowiązku stosowania zaliczek lub częściowych płatności w przypadku umów trwających powyżej 12 miesięcy, wskazania zasad określenia terminu wykonania zamówienia. Wprowadzono również wymóg określenia łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3). Tym samym ta nowa zasada określiła poziom ryzyka wykonawcy i umożliwiła zarazem wycenę tego ryzyka. Takie rozwiązanie jest jak najbardziej korzystne z punktu widzenia wykonawcy i daje mu możliwość kalkulacji całościowej w realizowanym zamówieniu.
- wprowadzenie rozwiązania w zakresie środków ochrony prawnej wykonawcy, polegającej na możliwości wnoszenia odwołania na każdą czynność czy zaniechanie zamawiającego bez względu na wartość postępowania (art. 513), wydłużeniu terminu na składanie skargi oraz stworzeniu możliwości zaskarżenia w drodze skargi kasacyjnej wyroku Sądu Okręgowego (art. 580), a także znaczącym obniżeniu opłaty sądowej od skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej.

Należy w tym miejscu dodać, że wymienione zmiany dostrzegane jako pozytywne rozwiązania ustawy, oczywiście nie są jedynymi, ale jak wspomniano, są jednymi z ważniejszych. Poza bowiem wymienionymi są i takie, które mają na celu uelastycznienie przeprowadzania procedur udzielania zamówień publicznych oraz zachęcenie do jeszcze aktywniejszego uczestnictwa przedsiębiorców w rynku tychże zamówień. Warto więc tu wspomnieć o takich rozwiązaniach, jak chociażby wprowadzenie obowiązku aktualizowania planów postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, wprowadzenie

⁴ Art. 433 ustawy – Prawo zamówień publicznych

⁵ Zabezpieczenie można ustalić wysokości większej niż 5%, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia lub wystąpieniem ryzyka związanego z realizacją zamówienia. Wówczas zabezpieczenie może być nie większe niż 10% ceny całkowitej podanej w ofercie albo maksymalnej wartości nominalnej zobowiązania zamawiającego wynikającego z umowy.

zmodyfikowanego katalogu przesłanek odrzucenia oferty czy też dokonywanie analiz potrzeb i wymagań, uwzględniających rodzaj i wartość zamówienia (art. 23; 229; 83). Przywołane rozwiązania dają prawo przypuszczać, że będą one skutecznie wpływać na zwiększone uczestnictwo wykonawców na rynku zamówień publicznych, a także przyczynią się do wyrównania ich pozycji jako strony zawieranej umowy.

Oprócz wyżej wymienionych, przyjaznych dla przedsiębiorców, rozwiązań nowej ustawy można w niej znaleźć także rozwiązania mało lub mniej im sprzyjające. Zdaniem autorów opracowania należą do nich:

- obszerność przepisów ustawy (623 artykuły);
- umiejscowienie w jednej ustawie wszystkich trzech typów zamówień: klasycznych, sektorowych oraz związanych z obronnością;
- wprowadzenie pełnej elektronizacji udzielania zamówień,
- zlikwidowanie trybów udzielania zamówień, takich jak zapytanie o cenę;
- brak rzeczywistej promocji przedsiębiorców sektora małych i średnich przedsiębiorstw np. poprzez zarezerwowanie zamówień tylko dla tej grupy przedsiębiorców;
- przyjęcie rozwiązania powodującego, że w rzeczywistości to cena decyduje o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Warto dodać, że barier w postaci niektórych zapisów ustawy lub braku pożądanego zapisu jest więcej, jednakże w badaniu skupiono się głównie na tych wymienionych. Uznano je za jedne z ważniejszych i zapewne bardziej odczuwalnych przez przedsiębiorców.

Zmiany w ustawie Prawo zamówień publicznych z 2019 r. w oczach przedsiębiorców – prezentacja badań

Opis badania

Podjęte przez Autorów badania miały charakter badań ilościowych, w których posłużono się metodą wywiadu kwestionariuszowego z wykorzystaniem ankiety. Wybór przedsiębiorców z branży budowlanej, do których skierowano ankietę, był powodowany tym, że przedstawiciele tej grupy tworzą krąg podmiotów najbardziej doświadczonych w badanym obszarze. Grupa ta w najwyższym stopniu jest uzależniona od postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Można więc przyjąć, że jest najbardziej reprezentatywna. Badanie zostało przeprowadzone w grudniu 2021 i styczniu 2022 r. Jego wyniki należy traktować przede wszystkim informacyjnie, bowiem zbadana grupa (27 podmiotów) była niewielka na tle ogólnej liczby podmiotów funkcjonujących w branży budowlanej.

Celem zrealizowanego badania było, co już wcześniej określono, poznanie opinii przedsiębiorców na temat wybranych przepisów ustawy. Dążono do uzyskania odpowiedzi podzielających pozytywne opinie autorów ankiety na temat wybranych rozwiązań w ustawie przez co najmniej więcej niż połowę pytanym podmiotów. Badanie pozwoliło poznać zarazem obszary, które zdaniem respondentów powinny podlegać dalszym ulepszeniom w zapisie prawnym. Wiadomo, że przepisy i ich znaczenie najlepiej weryfikuje praktyka, a badani przedsiębiorcy, wypowiadający się o analizowanej ustawie, w tej praktyce uczestniczyli.

Jak już wcześniej wspomniano, podstawowe badanie zaplanowano i zrealizowano w formie ankiety. Była to ankieta elektroniczna, skierowana do respondentów drogą e-mailową. Ankietę wysłano do 110 przedsiębiorców z terenu Trójmiasta, 27 ją wypełniło. Dane adresowe badanych uzyskano z bazy danych przedsiębiorców branży budowlanej, prowadzących działalność sklasyfikowaną w sekcji F – Budownictwo Polskiej Klasyfikacji Działalności Gospodarczej (były to przedsiębiorstwa drogowe, instalacyjne i ogólnobudowlane). Ograniczenia przeprowadzonego badania dotyczyły głównie liczby zbadanych podmiotów, a wynikało to z mniejszego niż oczekiwano zainteresowania wypełnieniem ankiety.

Ankieta składała się z trzech części obejmujących łącznie 16 pytań, które dotyczyły:

- charakterystyki badanych i ich ogólnej oceny ustawy (trzy pytania)
- oceny wybranych przepisów ustawy, uznanych przez autorów ankiety i akcentowanych w literaturze przedmiotu za najważniejsze pozytywne zmiany (siedem pytań) [Chwiałkowska, Kola, Madej, Roliński, Wojdak, 2020];
- oceny rozwiązań ustawy uznanych przez autorów i w literaturze przedmiotu za bariery dla przedsiębiorców (sześć pytań).

Prócz pytań ujętych w ankiecie dodano w jej drugiej i trzeciej części prośbę o wyrażenie przez respondentów własnych uwag na temat przepisów ustawy („Inne uwagi”). Pozyskane wyniki, a dalej końcowe wnioski płynące z badań, zostały przedstawione w ostatniej części opracowania.

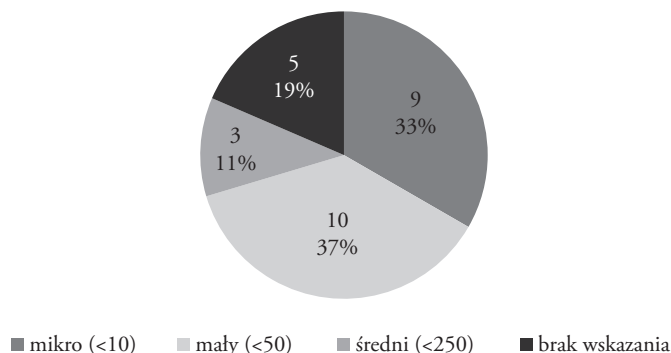
I część ankiety

Pierwszym istotnym pytaniem w ankiecie było to, które umożliwiło uzyskanie od respondentów informacji na temat ich doświadczenia w biznesie, a jednocześnie aktywności w obszarze zamówień publicznych. Konkretnie zapytano ich, jak długo funkcjonują na rynku. Odpowiedzi dały obraz poziomu ich doświadczenia oraz posiadanej wiedzy w zakresie zamówień publicznych. Najwięcej zbadanych podmiotów (pięć spośród 27) rozpoczynało działalność prawie 30 lat temu, tj. w 1992 r. Można więc przyjąć, że mają istotną wiedzę praktyczną w obszarze zmieniających się przepisów dotyczących zamówień. W grupie pozostałych pytanym każdy z nich rozpoczynał

działalność w późniejszych latach. Z ankiety wynikało więc, że wszyscy, którym zadano pytania, brali udział w procesie zamówień publicznych i to przed wejściem w życie nowej ustawy, jak i po jej wejściu, poza jedynym respondentem (był to 28. podmiot, którego nie uwzględniono już w dalszym badaniu).

Drugie pytanie w ankiecie w jej pierwszej części dotyczyło wielkości przedsiębiorstwa, jakie prowadzą pytani. Uzyskane odpowiedzi dały możliwość pozyskania wiedzy o tym, czy ich podejście do kwestii przepisów ustawy zależy od wielkości przedsiębiorstwa, czy jest różne lub jednakowe. I tak, jak założono wstępnie, badanie pokazało, że podejście ich było bardzo zbliżone. Strukturę udziału podmiotów uczestniczących w badaniu, z uwzględnieniem kategorii ich przedsiębiorstwa, przedstawiono na rysunku 1.

Rysunek 1 Liczba badanych podmiotów z uwzględnieniem kategorii ich przedsiębiorstw (ich udział procentowy w ogólnej liczbie badanych)



Źródło: opracowanie własne.

Ostatnie pytanie, sformułowane w części pierwszej ankiety, dotyczyło kwestii ogólnej oceny wszystkich rozwiązań przyjętych w nowej ustawie. Konkretnie dotyczyło dwóch kwestii, a mianowicie: ogólnej oceny wprowadzonych do ustawy uproszczeń oraz oceny nowego uporządkowania regulacji dotyczącej udzielania zamówień publicznych. Wszyscy pytani (27) wyrazili się pozytywnie w kwestii ogólnej oceny treści ustawy, natomiast akceptująco w sprawie nowego uporządkowania przepisów w obowiązującym obecnie akcie wypowiedziało się wprawdzie mniej, bo 20⁶ (ale stanowili ponad połowę pytaných).

Miało to zapewne związek z tym, że oceniali oni bardzo obszerny akt prawny (623 artykuły), który w pewnym stopniu może zniechęcać do czytania i bardzo szczegółowego analizowania jego treści. Pozytywna jednak ocena zdecydowanej większości pyta-

⁶ O potrzebie uproszeń i nowym uporządkowaniu przepisów mówiono już w budowanej koncepcji zmian, jakie miały być uwzględnione w nowej ustawie. Patrz: Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Urząd Zamówień Publicznych. Koncepcja Nowego Prawa Zamówień, czerwiec 2018, s. 9.

nych na temat przyjętych w ustawie rozwiązań wynikała prawdopodobnie z nabytego przez nich doświadczenia pod rządami poprzedniej ustawy i porównania jej z nową. Wszyscy pytani prezentowali przedsiębiorstwa zarówno mikro, małe, jak i średnie, co pokazuje, że niezależnie od wielkości przedsiębiorstwa, jakie prowadzą, jest wśród nich prawie jednolity pogląd na nową ustawę i jej rozwiązania.

II część ankiety

W tej części ankiety pytania sformułowano tak, by otrzymać ocenę respondentów w zakresie wybranych tylko przepisów ustawy. Celem tych pytań było potwierdzenie założenia Autorów opracowania, że w większości przedsiębiorcy podobnie oceniają rozwiązania ustawy. Jak już wcześniej wspomniano, sformułowano siedem pytań w tej części ankiety. Dotyczyły one oceny: 1) wprowadzenia do ustawy katalogu klauzul niedozwolonych w umowach, 2) wprowadzenia fakultatywnego wadium, 3) fakultatywnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, 4) zasady waloryzowania umów, 5) wprowadzenia możliwości wniesienia odwołania na każdą czynność i zaniechanie zamawiającego, 6) wydłużenia terminu na składanie skargi do sądu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oraz 7) obniżenie opłaty od wspomnianej skargi.

Na pierwsze wymienione wyżej trzy pytania – pozytywnie odpowiedzieli prawie wszyscy respondenci.

Tabela 1 Opinia ankietowanych na temat niedozwolonych klauzul, wadium i zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Wprowadzenie katalogu klauzul niedozwolonych w umowach		
Negatywnie	Nie mam zdania	Pozytywnie
1	2	24
Wprowadzenie fakultatywnego wadium		
Negatywnie	Nie mam zdania	Pozytywnie
0	2	25
Wprowadzenie fakultatywnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy		
Negatywnie	Nie mam zdania	Pozytywnie
1	1	25

Źródło: opracowanie własne.

Ich pozytywne podejście do sformułowanych pytań można tłumaczyć nie tylko tym, że zmiany w ustawie w wymienionym zakresie były od dawna wyczekiwane, ale także tym, że gwarantują one uczestnikom procesu zamówień większe bezpieczeństwo i większą swobodę działania w toku realizacji tych zamówień. Trzeba podkreślić, że

wprowadzenie katalogu klauzul niedozwolonych, czyli zakazanych w zawieranych umowach, niezależnie od zobowiązania, jakiego dotyczą, mogą zawsze chronić strony takiej umowy, a przynajmniej zawsze chronią jedną z jej stron [Madej, 2017, s. 34 i nast.]. W obowiązującej obecnie ustawie Pzp, w art. 433 ustawodawca wskazał katalog postanowień uznawanych zawsze z mocy ustawy za niedozwolone. Wymienił następujące:

1. zakaz wprowadzania do umowy odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
2. zakaz naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
3. zakaz sugerowania odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
4. zakaz przewidywania możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Pozytywna także ocena większości przedsiębiorców w odniesieniu do drugiego pytania ankiety dotyczącego wprowadzenia fakultatywnego wadium (art. 134 ust. 2 pkt 4; art. 97 ust. 2; art. 281 ust. 4 ustawy) oraz zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 134 ust. 2 pkt 5) ma z pewnością związek z postrzeganiem praktycznych korzyści obu instytucji. Generalnie wadium przyjęło się traktować jako ważną instytucję zabezpieczającą strony w procesie zamówień⁷, instytucję, która na etapie wyłaniania odpowiedniego wykonawcy pełni istotną i użyteczną rolę. W nowej ustawie jednak nie ma już obowiązku wniesienia wadium i to niezależnie, czy w postępowaniu unijnym, czy krajowym, jak było to przyjęte w poprzednio obowiązującej ustawie. Obecnie to podmiot zamawiający decyduje, czy tego wadium wymaga.

Podobnie pozytywnie respondenci ocenili przepis ustawy pozwalający im, w przypadku zawarcia umowy ze zlecającym, na fakultatywne zabezpieczenie należytego jej wykonania. Stwarza to bowiem możliwość zwolnienia przedsiębiorcy z ponoszenia ciężaru zabezpieczeń interesów zamawiającej strony [www 2]. Instytucja zabezpieczeń, która gdyby była obowiązkowa, sprowadzałaby się do konieczności wniesienia określonej kwoty pieniężnej, jaką musiałby wpłacić wykonawca na rzecz zamawiającego lub zobowiązać się, że taką kwotę uiszczy. Artykuł 134 ust. 2 pkt 5 nowej ustawy Pzp stanowi, że Specyfikacja Warunków Zamówienia (SWZ) powinna zawierać informacje dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy w przypadku, gdy zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia tego zabezpieczenia. Z tego zapisu wynika, że zamawiający nie ma obowiązku żądać takiego zabezpieczenia, ale może go żądać.

⁷ Wadium służy głównie ochronie strony zamawiającej przed nieuczciwym zachowaniem wykonawcy, tj. wygrywającym w przetargu podmiotem, który później uchyla się od obowiązku podpisania umowy z zamawiającym na wykonanie zamówienia.

W kwestii wprowadzenia zasady zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (art. 439) respondenci w zdecydowanej większości także pozytywnie do niej się odnieśli.

Tabela 2 Stanowisko ankietowanych respondentów w sprawie waloryzowania umów

Zasada waloryzowania umów		
Negatywnie	Nie mam zdania	Pozytywnie
0	2	25

Źródło: opracowanie własne.

Pozytywna ocena ze strony prawie wszystkich pytaných była oczywista i zrozumiała, bowiem w toku wykonywania umów, szczególnie tych, które zawarto na dłuższy czas, może zmienić się otoczenie przedsiębiorcy, w tym mogą zmienić się zewnętrzne czynniki gospodarcze (np. ceny) czy społeczne. Celem wprowadzenia w Pzp przepisu o waloryzacji wynagrodzeń było zabezpieczenie wykonawców przed ewentualnymi gwałtownymi wzrostami cen materiałów i robót budowlanych⁸. Zgodnie z art. 439 ustawy Pzp, w przypadku umów zawartych na okres dłuższy niż 12 miesięcy obowiązkiem zamawiających jest określenie zasad, przy których będzie możliwa zmiana wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy (waloryzacja) w sytuacji zmian cen materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Warto również wspomnieć, że zamieszczone w umowie o roboty budowlane zapisy, dotyczące zasad zmian wynagrodzenia dla wykonawcy, muszą być zgodne z wymogami dotyczącymi sposobu obliczenia ceny ofertowej przez wykonawcę określonymi przez zamawiającego w SWZ. Dzięki temu w przypadku zaistnienia okoliczności wymagających dokonania waloryzacji wynagrodzenia będzie można jej dokonać na podstawie załączonego do umowy kosztorysu ofertowego sporządzonego zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego.

Wprowadzenie możliwości wniesienia odwołania na każdą czynność i zaniechanie zamawiającego niezgodne z przepisami to kwestia, którą respondenci także ocenili aprobująco (wszyscy – 27). Rozwiązanie to chroni bowiem przedsiębiorców przed naruszeniem zasad obowiązujących obie strony umowy, ale głównie stronę wykonawcy [www 3]. Kwestię tę reguluje art. 513 nowej ustawy [Jerzykowski, 2021]. Novum w tym akcie jest to, że ustawodawca odszedł od wcześniejszego rozróżnienia zakresu

⁸ Art. 439. 1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia (stan prawny na czerwiec 2022).

możliwych do zaskarżenia czynności lub zaniechań zamawiającego w zależności od wartości zamówienia. Zlikwidowano więc ograniczony wykaz czynności podlegających odwołaniu. Przedmiotowe odwołanie przysługuje na:

1. niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;
2. zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;
3. zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Na pytanie szóste i siódme w ankiecie, które dotyczyły oceny w sprawie przyjęcia w ustawie rozwiązań wydłużających termin na składanie skargi do sądu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej oraz przyjęcie obniżenia opłaty od skargi na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, prawie wszyscy respondenci (24) odpowiedzieli aprobowająco. Nie dziwi to, gdyż każdy przepis zabezpieczający interes prawny przedsiębiorcy, a tak jest w tym przypadku, będzie przez niego oceniany z reguły pozytywnie [Chwiałkowska, Kola, Mielnik, Roliński, Wojdak, 2020]. Wydłużenie terminu na złożenie skargi do 14 dni od dnia doręczenia orzeczenia (wcześniej był to termin jedynie siedmiu dni) obecnie pozwala stronom postępowania na głębszą merytoryczną analizę orzeczenia Izby, a także umożliwia lepsze przygotowanie się do sformułowania skargi. Również obniżenie opłaty od składanej przez przedsiębiorcę skargi jest korzystnym podejściem ustawodawcy do przedsiębiorcy. Wysokość tej opłaty określono w art. 34 ustawy [Ustawa o kosztach..., 2005], który stanowi, że od skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych pobiera się opłatę stałą wysokości trzykrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga.

W ramach wolnych pytań tylko dwóch badanych wskazało dodatkowe pozytywne rozwiązania ustawy, których nie uwzględniono w ankiecie. Pierwszy z nich wskazał na większe uelastycznienie procedur udzielania zamówień publicznych. Jest to jak najbardziej trafne spostrzeżenie i może nie zostało ono w tej części ankiety dosłownie uwzględnione, ale uwzględniono tę tematykę w trzecim pytaniu części pierwszej ankiety. Drugi natomiast przedsiębiorca (respondent) wskazał jako pozytywne rozwiązanie sukcesywne zmniejszanie liczby wymaganych dokumentów w procesie zamówień oraz powiększanie możliwości uzupełniania dokumentów po upływie terminu składania ofert. W tym przypadku nie uwzględniono w ankiecie poruszonej przez respondenta kwestii, ale jego załączona uwaga pozwala – co warto podkreślić – na poszerzenie obrazu postrzegania przez przedsiębiorców pozytywnych rozwiązań w nowej ustawie.

III część ankiety

W tej części ankiety zadano respondentom kolejne sześć pytań. Dotyczyły one, jak wcześniej wspomniano, tych rozwiązań ustawy, które zostały uznane przez Autorów, a także literaturę przedmiotu jako istniejące w procesie zamówień bariery dla przedsiębiorców. Zapytano respondentów o ocenę:

1. braku przejrzystości ustawy (wynikającej z obszerności ustawy);
2. umiejscowienie w jednym akcie (ustawie PZP) wszystkich trzech typów zamówień: klasycznych, sektorowych oraz związanych z obronnością;
3. wprowadzonej całkowitej elektronicznej zamówień publicznych;
4. wprowadzonej do ustawy zmiany polegającej na likwidacji trybu zapytania o cenę
5. braku rzeczywistej promocji w procesie zamówień przedsiębiorców sektora MŚP.
6. niedoprecyzowanie prawidłowego wykorzystania innych kryteriów niż cena przy wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odnośnie do pierwszego i drugiego pytania w tej części ankiety, dotyczących braku przejrzystości całości ustawy i zbyt szerokiego potraktowania w niej zagadnień obejmujących różne typy zamówień, wszyscy pytani (27) uznali za słabość tego aktu i barierę.

Można przyjąć, że przedsiębiorcy, dostrzegając małą przejrzystość przepisów ustawy, łączą ją z mogącymi pojawić się utrudnieniami funkcjonowania na rynku zamówień publicznych [Godlewska, 2017]. Ta mała przejrzystość może być łączona nie tylko z objętością ustawy, ale m.in. z umiejscowieniem w jednym akcie wielu różnych przepisów, w tym np. wprowadzenie wszystkich trzech typów zamówień, czyli klasycznych, sektorowych oraz związanych z obronnością i bezpieczeństwem. Temu ostatniemu poświęcono cały Dział VI ustawy, w którym wskazano jednocześnie, jakich przepisów dla tych zamówień o charakterze ogólnym, a zawartych w przedmiotowej ustawie, nie stosować. Może lepiej byłoby opracować dla zamówień tego rodzaju oddzielny akt. Prawo powinno być bowiem zawsze czytelne, przejrzyste i jednoznaczne [Princ, 2017].

Tabela 3 Odpowiedzi respondentów w sprawie pełnej elektronicznej zamówień

Pełna elektroniczna zamówień		
Negatywnie	Nie mam zdania	Pozytywnie
2	8	17

Źródło: opracowanie własne.

Na trzecie pytanie, dotyczące wprowadzenia pełnej elektronicznej w procesie zamówień publicznych, pytani przedsiębiorcy odpowiedzieli – co ciekawe – pozytywnie (mimo że umieszczono to pytanie w grupie barier).

Jak wynika z badania, pomimo wcześniejszych różnego rodzaju obaw ze strony zamawiających oraz wykonawców w zakresie elektronizacji zamówień okazały się one w większości niesłuszne. Dzięki stopniowemu wprowadzaniu elektronizacji proces ten pomaga uczestnikom przyzwyczaić się do nowych regulacji i postrzegać przyjęte rozwiązanie pozytywnie, a nie negatywnie.

Natomiast likwidacja trybu zapytania o cenę została przez badanych odebrana negatywnie, co było raczej do przewidzenia (24 pytanych tak go oceniło). Wydaje się, że likwidacja wspomnianego trybu wielu zamawiającym utrudniła codzienne funkcjonowanie w udzielaniu zamówień publicznych w zakresie dostaw i usług powszechnie dostępnych. Negatywny odbiór wskazanego rozwiązania mógł być spowodowany w głównej mierze tym, że ów tryb dawał wcześniej możliwość elastycznego zlecenia wspomnianych dostaw i usług.

Kolejne pytanie dotyczyło braku promocji przedsiębiorców sektora MŚP.

Tabela 4 Ocena respondentów odnośnie promocji przedsiębiorców MŚP

Promocja w procesie zamówień przedsiębiorców sektora MŚP		
Negatywnie	Nie mam zdania	Pozytywnie
23	0	4

Źródło: opracowanie własne.

Badani sceptycznie ocenili zapowiadane wspieranie przedsiębiorców tego sektora w przepisach ustawy Pzp. Pomimo zapewnień, że nowa ustawa ma służyć podnoszeniu efektywności systemu zamówień publicznych, a jednym z ważniejszych środków do osiągnięcia tego celu ma być zwiększenie udziału i wzmocnienie pozycji MŚP w postępowaniach, dziś trudno to jednoznacznie stwierdzić [Chwiałkowska, Koła, Mielnik, Roliński, Wojdak, 2020]. Należy przyjąć, że dokładna analiza ewentualnego zwiększenia uczestnictwa przedsiębiorców sektora MŚP w zamówieniach publicznych będzie mogła być dokonana dopiero po dłuższym niż rok obowiązywaniu nowych przepisów. Jednocześnie warto zwrócić uwagę na fakt, że tak naprawdę trudno jednoznacznie stwierdzić, jakiej promocji oczekują przedsiębiorcy.

Ostatnie pytanie w ankiecie dotyczyło bariery związanej z kryterium ceny, która w rzeczywistości decyduje o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jako barierę uznało to 21 pytanych. Pytanie to zadano respondentom dlatego, że zabrakło w ustawie Pzp wskazania prawidłowego wykorzystywania kryteriów oceny ofert. Od lat przedsiębiorcy podkreślają, że w rzeczywistości to cena decyduje o wyborze najkorzystniejszej oferty. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na inne wyniki badań, tj. tych, które przeprowadzono przez Urząd Zamówień Publicznych w roku 2019 [Raport..., 2019]. Dotyczyły one niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych, stanowiącej jedną

z większych bolączek rynku zamówień publicznych. Badanie zostało przeprowadzone za pomocą umieszczonego na stronie internetowej Urzędu elektronicznego formularza interaktywnego, wzięło w nim udział 965 przedsiębiorców. Wyniki wspomnianych badań wskazały, że w czołówce barier charakteryzujących przyczyny braku lub niskiego zainteresowania udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na pierwszym miejscu znalazła się cena jako kryterium faktycznie decydujące o wyborze oferty najkorzystniejszej⁹. Można więc przyjąć, że przytoczone badanie UZP umacnia przekonanie, iż wśród przedsiębiorców wymieniona bariera może wywoływać zmniejszone zainteresowanie przedsiębiorców uczestnictwem w zamówieniach publicznych.

W ramach wolnych uwag, które mogli zamieścić respondenci w grupie pytań dotyczących barier, spośród 27 tylko jeden taką umieścił. Zwrócił uwagę na brak przepisów zachęcających zamawiającego do niekumulowania zamówień w jedno większe zamówienie. Jest to słuszna uwaga, gdyż w praktyce często zamawiający wszczynają duże postępowania, eliminując jednocześnie mniejsze zamówienia. Jest to wprawdzie korzystna praktyka, ale głównie dla zamawiających, natomiast w mniejszym stopniu dla potencjalnych wykonawców.

Podsumowanie

Podsumowując wyżej przedstawione rozważania, można dojść do wniosku, że przedsiębiorcy uczestniczący w zamówieniach publicznych w dużym stopniu oceniają nową ustawę Pzp w sposób podobny. Zdecydowana większość z nich uważa, że nowa ustawa, mimo swojej słabości w większości części, ma pozytywny wpływ na ich uczestnictwo w zamówieniach publicznych. Pokazały to przedstawione wyżej wnioski płynące z badań. W tym kontekście warto zastanowić się nad możliwością likwidowania dostrzeganych barier w ustawie i tym samym sprawić, aby przepisy w coraz większym stopniu uwzględniały oczekiwania przedsiębiorców.

Bibliografia:

- Antonów R. (2021), *Zamówienia publiczne w II Rzeczypospolitej*. Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem 43, nr 4, Wrocław.
- Borowicz A. (2004), *Istota, funkcje i kierunki ewolucji polskiego systemu zamówień publicznych*. Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Ekonomiczno-Społecznej w Ostrołęce.

⁹ W badaniu Pzp w 2019 r. respondenci wskazali jako najczęstszą przyczynę braku lub niskiego zainteresowania udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego: „cena oferty jest kryterium faktycznie decydującym o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty”.

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.).
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76, z późn. zm.).
- Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, str. 33, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 246).
- Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.03.1992, str. 14, z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, t. 1, str. 315).
- Godlewska A. (2017), *Regulacje systemu zamówień publicznych a wspieranie mikro, małych i średnich przedsiębiorców przez administrację samorządową*, Samorząd Terytorialny 2017, nr 12.
- Jerzykowski J. (2021), *Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych Artykuły 505–590 ustawy – Prawo zamówień publicznych Komentarz*. Wyd. Wolters Kluwer, Warszawa.
- Kocowski T. (2020), *Rozwój prawa zamówień publicznych w Polsce*. Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław.
- Kola J., Chwiąłkowska A., Mielnik M., Wojdak P., Roliński J., (2020), *Nowe Prawo zamówień publicznych – podręcznik dla małych i średnich przedsiębiorców*. PARP, Warszawa.
- Liput J., Serpina-Forkasiewicz A., Tabor M., (2020), *Elektronizacja zamówień publicznych w praktyce*, Wolters-Kluwer s 9–11.
- Madej W. (2017), *Klauzule abuzywne w polskim prawie cywilnym*. Kortowski Przegląd Prawniczy nr 2 z 2017 r., s 34 i nast.
- Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Urząd Zamówień Publicznych, (2018), *Koncepcja Nowego Prawa Zamówień*. s.9.
- Princ M. (2017), *Standardy dobrej administracji w prawie administracyjnym*, Wydawnictwo Naukowe UAM Poznań.
- Urząd Zamówień Publicznych, (2019), *Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych*. Warszawa.
- Ustawa (2019) Ustawa z dnia 11 września 2019 r Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019).
- Ustawa (1994) Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r o zamówieniach publicznych (tekst pierwotny: Dz.U. nr 76, poz. 344).

Ustawa (2004) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 oraz z 2020 r. poz. 1086)

Ustawa (2005) Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, (Dz. U. 2005 nr 167, poz. 1398).

www 1, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12336304/12702311/12702312/dokument456329.pdf> (dostęp: 15.02.2022).

www 2, <https://www.uzp.gov.pl/nowe-pzp/interpretacje/nowe-pzp-w-pytaniach-i-odpowiedziach/czy-zamawiajacy-ma-obowiazek-zadania-zabezpieczenia-nalezYTEgo-wykonania-umowy-2020-10-29> (dostęp: 28.03.2022).

www 3, <https://www.wprzetargach.pl/kategorie/jak-wygrac-przetarg-i-wykonac-zamowienie-publiczne/jak-wygrac-przetarg-odwolanie-musi-wskazywac-czynnosc-lub-zaniechanie-czynnosci-zamawiajacego-ktorej-zarzuca-sie-niezgodnosc-z-p> (dostęp: 22.03.2022).

* * *

prof. dr hab. Ewa Grzegorzewska-Mischka
Politechnika Gdańska
Wydział Zarządzania i Ekonomii
Katedra Przedsiębiorczości
e-mail: egrze@zie.pg.edu.pl
ORCID: 0000-0003-1423-7335

dr Mariusz Zaborowski
Politechnika Gdańska
Wydział Zarządzania i Ekonomii
Katedra Przedsiębiorczości
e-mail: mza@zie.pg.edu.pl
ORCID: 0000-0003-0953-065X